

EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO* Esbozo de las experiencias francesa, alemana e inglesa¹

ALFONSO MASUCCI
Profesor Ordinario de Derecho Administrativo
Universidad «La Oriental» de Nápoles

I. EL INCREMENTO CONTINUO DE LA CARGA JUDICIAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA UTILIZACIÓN DE LOS TRADICIONALES «FILTROS» PREPROCESALES EN FRANCIA, EN ALEMANIA Y EN INGLATERRA.—II. LA UTILIZACIÓN EN FRANCIA Y ALEMANIA DE LOS INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIALES DE LA TRANSACCIÓN Y EL ARBITRAJE PARA LA SOLUCIÓN DE LOS LITIGIOS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CIUDADANO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.—III. LA APARICIÓN DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (*ALTERNATIVE DISPUTE RESOLUTION*). ESPECIFICIDAD DE ESTOS MEDIOS.—IV. PLURALIDAD DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS Y PROTAGONISMO DEL MEDIO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.—V. LAS FUNCIONES DEL MEDIADOR EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN.—VI. LOS LÍMITES QUE SE ENCUENTRAN A LA UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS, ALEMÁN E INGLÉS.—VII. LA UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN PREVIO AL PROCESO EN LA EXPERIENCIA FRANCESA.—VIII. CONTINUACIÓN: EN LA EXPERIENCIA ALEMANA.—IX. CONTINUACIÓN: EN LA EXPERIENCIA INGLESA.—X. LA UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN EL CURSO DEL PROCESO EN LA EXPERIENCIA FRANCESA.—XI. CONTINUACIÓN: EN LA EXPERIENCIA ALEMANA.—XII. CONTINUACIÓN: EN LA EXPERIENCIA INGLESA.—XIII. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO A LA RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

RESUMEN

El trabajo se centra en la materia de los llamados *Alternative Dispute Resolution*, medios alternativos de resolución de conflictos, y estudia, con especial referencia a uno de ellos, la mediación, su implantación creciente en el ámbito del Derecho administrativo a través del examen de los ordenamientos francés, alemán e inglés. En el mismo se distinguen los diferentes tipos de procedimientos de mediación en atención a su desarrollo antes o durante el proceso jurisdiccional, examinando y valorando su particular configuración en cada uno de los ordenamientos mencionados. Finalmente, y conforme al estudio realizado, resume sus elementos comunes, y defiende, frente a la transacción o el arbitraje, la mejor adecuación del procedimiento de mediación a los fines buscados por los *Alternative Dispute Resolution*.

Palabras clave: mediación; *alternative dispute resolution*; Derecho administrativo; transacción; arbitraje.

* Conferencia pronunciada por el autor el día 11 de junio de 2008 en el Seminario de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

¹ Traducción del original italiano realizada por Rodrigo MORENO FUENTES.

ABSTRACT

This article focuses on means of alternative dispute resolution. It studies its ever more common implementation under Administrative Law, with special reference to mediation, examining the French, German and English regulations. These distinguish between different types of mediation procedures, depending on whether they are carried out before or during the jurisdictional process, examining and evaluating their particular configuration in each national set of regulations. Finally, on the basis of this study, it provides a summary of the common elements and argues that alternative dispute resolution provides better ways to achieve the goals of resolving disputes than transaction or arbitration.

Key words: mediation; alternative dispute resolution; administrative law; transaction; arbitration.

I. EL INCREMENTO CONTINUO DE LA CARGA JUDICIAL EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LA UTILIZACIÓN DE LOS TRADICIONALES «FILTROS» PREPROCESALES EN FRANCIA, EN ALEMANIA Y EN INGLATERRA

La experiencia de los principales países europeos nos muestra que estamos atravesando una fase histórica caracterizada por un verdadero «aluvión de procesos» incluso en el ámbito del Derecho administrativo. Muchos son los motivos que han provocado este incremento patológico de la labor jurisdiccional, que acaba por poner en peligro el respeto al principio de la «razonable duración del proceso»². Este aluvión de procesos depende en buena medida del creciente aumento en la actividad de la Administración pública de comportamientos jurídicamente relevantes y, por tanto, como en un juego de espejos, de pretensiones jurídicas que el ciudadano puede hacer valer en juicio. En este incremento de la carga judicial influye también una legislación a menudo ambigua y contradictoria, además de una práctica administrativa no siempre coherente y transparente. Resulta, por lo tanto, cada vez más difícil conciliar, por una parte, la pretensión del ciudadano (sea una persona o una empresa) a ver resuelto por el juez su conflicto con la Administración pública y, por otra, el mandato del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que impone una «*durée raisonnable de la procédure*»³.

² Sobre el tema de la efectividad de la tutela de los derechos y sobre la violación del precepto de la «razonable duración del proceso», últimamente ver L. BEDINI, «Le alternative dispute resolution (Adr) e il “servizio giustizia” nel contesto costituzionale», en A. MASSERA (a cura di), *Le tutele procedimentali. Profili di diritto comparato*, Napoli, 2007, 225 ss.

³ Cfr. R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, Paris, 2006, 128 ss.; B. PACTEAU, *Traité de droit administratif*, Paris, 2008, 302 ss.; P. CASSIA, «Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective», en J. B. AUBY/J. DUTEIL DE LA ROCHÈRE, *Droit Administratif Européen*, Bruxelles, 2007, 415 ss.

Frente a este estado de cosas que ha dado lugar a una justicia administrativa en dificultades cada vez mayores, se han buscado en muchos países soluciones que intentan someter el acceso al juez a verdaderos y específicos «filtros»⁴.

En Francia y en Alemania se concede todavía gran importancia a los tradicionales instrumentos administrativos postprocedimentales⁵. Los *recours administratifs préalable*s, en Francia, y el *Widerspruchsverfahren*, en Alemania, son instrumentos que, conforme a las respectivas legislaciones, pueden o deben ser interpuestos antes del recurso jurisdiccional⁶. En Francia se entiende que los *recours* permiten a la Administración pública «faire son examen de conscience» y al ciudadano conocer mejor el fundamento de sus pretensiones, sin afrontar procesos largos y costosos⁷. Se entiende que estos recursos son un elemento de racionalización, tanto del objeto como de los términos del conflicto⁸. En Alemania se subraya que el *Widerspruchsverfahren* no sólo contribuye a aligerar la carga judicial, sino que además ayuda a una mejor garantía del respeto de la legalidad por parte de la Administración pública y, al mismo tiempo, permite al ciudadano invocar una «verificación» de la legitimidad del acto que resulta económicamente accesible⁹. En Gran Bretaña están previstas instituciones que reciben distintas denominaciones, como «panels», «authorities», «tribunals», las cuales tienen atribuida una competencia «quasi-jurisdiccional». Frente a estos órganos pueden sostenerse «conflictos» de un modo previo a su planteamiento ante la jurisdicción propiamente dicha¹⁰. A diferencia del proceso ante los tribunales, que es elaborado, lento y costoso, estos procedimientos «could offer speedier, cheaper and more accessible justice»¹¹.

⁴ Cfr. H. POULIAT, «Les convergences européennes dans le déroulement du process administratif», en *Revue Française du Droit Administratif*, 2008, 226 ss.

⁵ Sobre los instrumentos administrativos postprocedimentales en Francia y Alemania, ver, respectivamente, O. GOHIN, *Contentieux administratif*, 2007, 217 ss.; F. O. KOPP/U. RAMSAUER, *VwVfG, Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 2005, 1419 ss.

⁶ Sobre la derogación de la «*règle de la décision préalable*», ver B. PACTEAU, *op. cit.*, 149 s. Para la derogación del «*Widerspruchsverfahren*», ver W.-R. SCHENKE, *Verwaltungsprozessrecht*, Heidelberg, 2007, 218 ss.

⁷ Cfr. B. PACTEAU, *op. cit.*, 192 ss. y espec. 194; R. CHAPUS, *op. cit.*, 392 ss.; O. GOHIN, *op. cit.*, 217 ss.

⁸ Cfr. B. PACTEAU, *op. cit.*, 194. El autor, refiriendo la opinión de ODENT, recuerda que «la *décision administrative préalable* protège l'administration... protège le justiciable... facilite le travail du juge».

⁹ Cfr. W.-R. SCHENKE, *op. cit.*, 213 ss.; F. O. KOPP/U. RAMSAUER, *op. cit.*, 1419 ss.

¹⁰ Sobre este aspecto, ver P. LEYLAND/G. ANTONY, *Textbook on Administrative Law*, Oxford, 2005, 194 ss. Allí se precisa que este sistema prejurisdiccional ha sido rediseñado tras la publicación del *White Paper* en julio de 2004, simplificando su estructura mediante el reagrupamiento de un gran número de «*administrative tribunals*».

¹¹ Cfr. W. WADE/C. FORSYTH, *Administrative Law*, Oxford, 2000, 886.

II. LA UTILIZACIÓN EN FRANCIA Y ALEMANIA DE LOS INSTRUMENTOS EXTRAJUDICIALES DE LA TRANSACCIÓN Y EL ARBITRAJE PARA LA SOLUCIÓN DE LOS LITIGIOS ENTRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL CIUDADANO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

En un contexto caracterizado por un incremento constante de la litigiosidad entre Administración pública y ciudadano, contrastados instrumentos de resolución de litigios propios del Derecho civil, como la transacción o el arbitraje, han tenido en muchos lugares un reconocimiento legislativo en el ámbito del Derecho público. En Francia, para los litigios «*en matière administrative*» se distingue entre una transacción «*en dehors du juge*», más allá del circuito judicial, y una transacción «*en cours d'instance*», en el curso de un juicio¹². De hecho, la prohibición prevista en el artículo 2060 del *Code Civile* de recurrir al arbitraje en materia administrativa encuentra cada vez más frecuentes excepciones¹³. Incluso se advierte una tendencia legislativa y doctrinal a incrementar los supuestos en los cuales es posible en esta materia el empleo del arbitraje. En Alemania, tras la previsión del contrato de Derecho público en el artículo 54 de la Ley sobre el procedimiento administrativo¹⁴, ha sido expresamente incluida en el artículo 55 de la misma Ley la figura del «*Vergleichsvertrag*», del contrato (de Derecho público) de transacción entre Administración pública y ciudadano. Según el artículo 55 de la Ley sobre el procedimiento administrativo: «Un contrato de Derecho público en el sentido del párrafo 54, punto 2, por medio del cual —dentro de una adecuada valoración del mérito y de la situación jurídica y mediante recíprocas concesiones— viene eliminada una determinada incerteza (transacción), podrá ser acordado cuando la autoridad, después de una oportuna valoración, establezca que la estipulación del contrato es adecuada para la eliminación de tal incerteza». En la legislación germana se prevé incluso la posibilidad de recurrir al arbitraje en los litigios entre Administración pública y ciudadano. La cláusula gene-

¹² Cfr. O. GOHIN, *op. cit.*, 16 ss.

¹³ El artículo 2060, párrafo primero, del *Code Civile* prevé que: «*On ne peut compromettre (...) sur les contestations intéressant les collectivités publiques et les établissements publics*». Esta norma ha sufrido una serie de excepciones: sobre este aspecto, ver O. GOHIN, *op. cit.*, 10 ss.; R. CHAPUS, *op. cit.*, 262.

¹⁴ Según el artículo 54 de la Ley sobre el procedimiento administrativo: «Una relación jurídica en el ámbito del Derecho público puede ser constituida, modificada o anulada mediante contrato (contrato de Derecho público), siempre que no existan prescripciones jurídicas en contrario. En concreto, en lugar del dictado de un acto administrativo, la autoridad puede estipular un contrato de Derecho público con aquel a quien en todo caso se dirigiría a través del acto administrativo».

ral del parágrafo 40 de la Ley sobre el proceso contencioso-administrativo alemán (*VwGO*), que prevé con carácter general el acceso al juez administrativo en todos los litigios de Derecho administrativo¹⁵, puede ser excepcionada mediante la atribución del litigio a un colegio arbitral (*Schiedsgericht*)¹⁶. Dicha atribución presupone que las partes hayan concluido un compromiso arbitral válido (*Schiedsvertrag*) sobre cuestiones que sean de su disposición. Así, el objeto del compromiso arbitral puede tratar relaciones de Derecho público sólo en la medida en que las partes tengan disposición sobre las mismas¹⁷.

III. LA APARICIÓN DE MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO (*Alternative Dispute Resolution*). ESPECIFICIDAD DE ESTOS MEDIOS

Dentro del esfuerzo por asegurar el respeto a unos plazos razonables para la resolución de los litigios y, al mismo tiempo, por deflacionar la carga que en los últimos años pesa sobre los tribunales, se han propuesto otros remedios¹⁸. Agrupados bajo el acrónimo *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*), surgen en la experiencia jurídica de los Estados Unidos¹⁹ y encuentran eco tanto a nivel de la Comunidad Europea como del Consejo de Europa²⁰.

El «espíritu» de estos medios responde a exigencias advertidas con intensidad en la realidad administrativa. Así, presentan una mayor flexibilidad respecto del proceso jurisdiccional, y se configuran como procedimientos desestructurados, no lastrados por formalismos y rigideces

¹⁵ Sobre el artículo 40 de la Ley del proceso contencioso-administrativo (*VwGO*), ver F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *op. cit.*, 98 ss.

¹⁶ Sobre la institución del arbitraje en el Derecho alemán, ver L. ROSEMBERG/ K. H. SCHWAB, *Zivilprozessrecht*, München, 1986, 1144 ss.

¹⁷ Cfr. P. STELKENS/H. I. BONK/M. SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 1884, s. e. 1952; I. BADER/M. F. KAISER/S. KUNTZE/I. VON ALBEDYLL, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Heidelberg, 2007, 189 s.

¹⁸ Cfr. M. P. CHITI, «Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione», en *Riv. Ital. Dir. Pub. Com.*, 2000, 1 ss.; C. TACCOLA, «Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie in Italia e in Europa», en A. MASSERA (coord.), *op. cit.*, 253 ss.

¹⁹ Para las referencias a los orígenes de los *ADR*, ver al ya citado C. TACCOLA, «Gli strumenti...», cit., 254 ss.

²⁰ Mientras las medidas adoptadas por la Comunidad Europea en materia de *ADR* afectan a disputas en materia de consumo, el Consejo de Europa adoptó, con fecha de 5 de septiembre de 2001, una importante Recomendación referida a los conflictos entre Administración pública y ciudadano. El Consejo individualiza las siguientes clases de *ADR*: *internal reviews, conciliation, mediation, negotiated settlement, arbitration*. Sobre este aspecto, ver S. STICCHI DAMIANI, «Le forme di risoluzione delle controversie alternative alla giurisdizione. Disciplina vigente e prospettive di misurazione statistica», en *Riv. Ital. Dir. Pub. Com.*, 2003, 244 ss., y espec. 770 ss.

procedimentales. Permiten obviar los largos plazos y el exasperante tecnicismo de la justicia formal. Son fórmulas dotadas de mayor celeridad y menos costosas. Permiten encontrar soluciones que se adecuan más fácilmente a los términos del conflicto que el proceso jurisdiccional. Posibilitan tener especialmente en cuenta las «prioridades» de las partes, en cuanto suponen la superación de un modelo de solución de la disputa que se basa en el «esquema» de la norma a aplicar. Facilitan la percepción de los intereses concretos que pueden estar detrás de las situaciones jurídicas de las partes²¹. Logran, por último, la emergencia de un contencioso sumergido, formado por aquellas controversias que no llegan al juez por suponer un coste demasiado alto respecto de la cuantificación económica de la disputa, evitando así que la parte débil de la relación, no pudiendo recurrir al juez por el alto coste del proceso, sufra una inicua composición extrajudicial del conflicto²².

Bien mirado, los medios alternativos de resolución de litigios (ADR), incluso si son asumidos prevalentemente como remedios a la «crisis» del funcionamiento del aparato judicial, también y fundamentalmente reflejan una nueva cultura de resolución de las disputas, una «modalidad alternativa» de resolver los litigios. Así, tratan de superar la antigua herencia de la cultura de la «litigiosidad judicial», que se concilia mal con una nueva cultura que entiende el recurso al juez como la última de las *chances* disponibles cuando todas las demás se han revelado inadecuadas o impracticables. Su objetivo es superar una exasperada lógica panprocesalista que no ve medios fiables de resolución de los litigios fuera de las garantías del proceso. En efecto, el «espíritu» de estos medios refleja los postulados sobre los que se rige la filosofía de la «justicia alternativa», es decir, aquella filosofía conforme a la cual los conflictos jurídicos de la más diversa naturaleza pueden ser compuestos y resueltos a través de una perspectiva consensual, mediante un acuerdo alcanzado por las partes a continuación de un proceso de acercamiento conducido o facilitado por un «tercero». En este caso el «tercero» no «impone» ninguna solución, sino que se esfuerza para que las partes puedan ellas mismas alcanzar de un modo consensuado una solución del litigio. Se trata de una «filosofía» que repudia la concepción tradicional del proceso, la cual dibuja una decisión impuesta por alguien ajeno con una parte victoriosa y otra derrotada²³. Esta filosofía «*répond à un besoin nou-*

²¹ Cfr. E. SILVESTRI, «Conciliazione e mediazione», en *Enciclopedia del diritto. Annali*, Milano, 2007, *ad vocem*, 282 ss.

²² Cfr. R. CAPONI, «La conciliazione stragiudiziale come metodo ADR (“Alternative Dispute Resolution”)», en *Foro Italiano*, V, 2003, 172.

²³ Ver, de nuevo, E. SILVESTRI, «Conciliazione...», *cit.*, 277 ss.

veau de régulation sociale qui dépasse très largement le champ ordinaire de l'activité juridictionnelle»²⁴. Se enlaza a una «tendencia» que está atravesando todo el Derecho administrativo, según la cual a la lógica de la decisión de otro debe contraponerse «*la logique fondamentale du dialogue*». Una tendencia que auspicia un «Derecho administrativo dúctil» que supera la contraposición tradicional entre Administración pública/ciudadano y se inspira en el diálogo²⁵.

IV. PLURALIDAD DE LOS MEDIOS ALTERNATIVOS Y PROTAGONISMO DEL MEDIO DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

Diversos son los medios adscribibles a la categoría de los *Alternative Dispute Resolution*. En los países europeos pueden encontrarse diversos y diferentes tipos²⁶. El Consejo de Europa, en la Recomendación de septiembre de 2001 dirigida a los Estados miembros con el fin de promover la utilización de medios alternativos de resolución de los conflictos entre la Administración pública y los ciudadanos, indica cinco variedades tipológicas de medios alternativos: *internal reviews, conciliation, mediation, negotiated settlement, arbitration*²⁷. Excluyendo de la enumeración el arbitraje y la transacción, los cuales, en sentido estricto, no son adscribibles a los ADR, el medio más extendido y significativo es el de la «*mediation*»²⁸.

El término «*mediation*» no se refiere al «contrato de mediación» del Código Civil italiano, según el cual el «mediador» pone en contacto a dos sujetos con el fin de concluir un negocio²⁹, sino que designa un procedimiento a través del cual dos partes en conflicto tratan, en presencia

²⁴ Cfr. L. CADDIET, «Les modes alternatifs de règlement des conflits et le droit», en «Les modes alternatifs de règlement des litiges: les voies nouvelles d'une autre justice», en *Documentation Française*, 2003, 257.

²⁵ Sobre este aspecto, ver E. SCHMIDT-ARMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Berlin-Heidelberg-New York, 2004, 101 ss.

²⁶ Referencias puntuales a la realidad europea pueden encontrarse en C. TACCOLA, «Gli strumenti...», cit., 253 ss.

²⁷ Cfr. S. BOUSSARD, «Modes alternatifs de règlement des litiges», en *JCJA (Juris Classeur Justice Administrative)*, 2005, *ad vocem*, 3.

²⁸ Cfr. M. SUPPERSTONE Q. C./D. STILITZ/C. SHELDON, «ADR and Public Law», en *Public Law*, 2006, 299. Los autores destacan que este medio, junto con la «*conciliation*», son considerados como concretos y específicos sinónimos de los medios alternativos de resolución de litigios.

²⁹ Sobre este aspecto, ver A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*, Padova, 2004, 831 s. Ha de precisarse que el Código Civil italiano, en el artículo 1754, no define el contrato de mediación, sino la actividad del mediador. Más en concreto, el mismo prevé que «es» mediador aquel que pone en contacto a dos o más partes para la conclusión de un negocio, sin que necesariamente haya de tener con alguna de ellas relaciones de colaboración, dependencia o representación.

y bajo la guía imparcial de un tercero (el mediador), de llegar a un acuerdo resolutorio del litigio. En efecto, la «*mediation*» es un procedimiento que busca la composición de un litigio con la intervención activa de un tercero (mediador) imparcial e independiente. Consiste en una sucesión de actos (no es casual que sea definido en el Derecho anglosajón como «*mediation process*») que se desarrollan en presencia de un tercero (mediador), el cual trata de «facilitar» la solución del conflicto. Es así perfectamente comprensible que haya sido considerada, en expresión feliz, como una «*facilitated negotiation*», una «negociación incitada»³⁰.

El término «mediación» es a menudo empleado como sinónimo de conciliación, especialmente en Francia³¹. Aun cuando ambas instituciones no señalan fenómenos radicalmente distintos³², esta presunta coincidencia no es exacta. En los dos supuestos existe un «tercero» que colabora con las partes para «facilitar» un proceso de negociación entre ellas a fin de alcanzar una solución consensuada del litigio; sin embargo, el papel y la función del «tercero» en la «mediación» son más incisivos y relevantes de cuanto lo sean en la conciliación. Así, en la conciliación el tercero se limita a «coadyuvar» a las partes en su búsqueda de una solución consensual del conflicto, mientras que en la mediación el tercero (el mediador) se enfrenta a la tarea de promover activamente la solución consensual del litigio o, más aún, de promover un proyecto de acuerdo que eventualmente pueda ser asumido por las partes en alguno de sus aspectos o en su totalidad. En esencia, el hallazgo de una solución compartida constituye la especificidad de la mediación respecto de la conciliación³³.

V. LAS FUNCIONES DEL MEDIADOR EN EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN

En la mediación, el «tercero» es el fiel de la balanza del procedimiento. La conclusión feliz del procedimiento depende en buena medida de su habilidad para conducir la negociación entre las partes. Es precisa una habilidad que incluya no sólo competencia jurídica, sino también

³⁰ Sobre estos aspectos, ver P. L. NELA, «Tecniche della mediazione delle liti», en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2003, 1018.

³¹ Cfr. S. BOUSSARD, «Modes...», cit., 5.

³² Subraya la coincidencia entre las dos figuras S. BOUSSARD, «Modes...», cit., 5. Sobre este aspecto, ver también E. SILVESTRI, «Conciliazione...», cit., 279 s.

³³ La citada *Recomendación* del Consejo de Europa de 2001, tras haber definido genéricamente la mediación como un procedimiento para la resolución de una controversia, señala el esfuerzo del «tercero» para favorecer la conclusión de un acuerdo entre las partes como el elemento cualificador de la mediación (sobre este aspecto, cfr. S. BOUSSARD, «Modes...», cit., 5).

técnicas de comunicación, las cuales no pueden ser improvisadas³⁴. Es asimismo evidente que la consecución del acuerdo depende también y sobre todo de la «ajenidad» del mediador, de su «neutralidad» respecto de las partes. En su labor de facilitar o, mejor dicho, de «propiciar» el encuentro entre las partes, debe asistirles sin abandonar nunca una perspectiva neutral respecto de ellas y de los contenidos del posible acuerdo. Manteniéndose neutral, debe esforzarse en componer el contraste que enfrenta a las partes, y debe actuar como garante de la objetividad y del «fairness» del procedimiento. Adoptando un *modus operandi* no muy diferente del de un juez que actúa en una sustanciación oral de una causa³⁵, debe hacer surgir de las respectivas posiciones de las partes una posible solución compartida del litigio³⁶. Debe empeñar su aptitud mayéutica para impulsar a las partes a descubrir en sí mismas las «razones» para un acuerdo. Comportándose de un modo neutral respecto de las partes, ha de favorecer la construcción y la definición de una solución del litigio obrada por ellas mismas. El mediador trata mediante la confrontación/conversación entre las partes de darles la oportunidad de confrontar sus propios puntos de vista y buscar con su ayuda una solución al conflicto que las enfrenta. Así, el papel y las funciones del mediador en el procedimiento de mediación aparecen como netamente diferentes respecto de las del *Mediateur de la République* en el ordenamiento francés y del Defensor del Pueblo Europeo. En el Derecho francés, la función principal del *Mediateur de la République* es la de recoger las quejas, las reclamaciones de los ciudadanos, y tratar de mejorar la conducta de las Administraciones en relación con aquellos aspectos administrativos de los cuales se denuncia su ilegitimidad o incorrección³⁷. En el ordenamiento europeo, el Defensor del Pueblo está encargado de recibir las reclamaciones de cualquier ciudadano o persona jurídica de la Unión en orden a la *mauvaise administration* de las instituciones y de los órganos comunitarios y de proceder a las indagaciones pertinentes sobre el objeto de las quejas. En el supuesto de comprobación de la mala administración, el Defensor del Pueblo Europeo traslada la cuestión a la Administración competente³⁸. Aun si no

³⁴ Enfatiza la necesidad de una adecuada preparación profesional del mediador E. SILVESTRI, «Conciliazione...», cit., 281.

³⁵ Cfr. E. SCHMIDT-ABMANN, *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Heidelberg, 2004, 354; se refiere a una «quasi-justiziellen Unparteilichkeit des Mediators».

³⁶ Sobre la necesidad de neutralidad y de comportamiento imparcial del mediador, ver H. PÜNDER, «Verwaltungsverfahren», en H. U. ERICHSEN/D. EHLERS (coords.), *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin, 2005, 508 s.; E. SILVESTRI, «Conciliazione...», cit., 280 s.

³⁷ Cfr. Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, Paris, 2001, 89.

³⁸ Cfr. I. ISAAC/M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, 2006, 118 s.

debe excluirse una actividad de conciliación del *Mediateur*, en los dos casos ahora mencionados la figura del *Mediateur* responde al objetivo de ofrecer a la víctima de la «*maladministration*» un interlocutor individualizado, independiente, dotado de autoridad e influyente, que trata de hacer valer de modo autorizado las «razones» del ciudadano frente a los poderes públicos³⁹. Se erige en portavoz de las reclamaciones del ciudadano frente a la ilegitimidad de la actuación administrativa y solicita su satisfacción. En esencia, y a diferencia de lo dicho respecto del procedimiento de mediación, no se encuentra en una posición de «ajenidad» frente a los poderes públicos y al ciudadano, sino que está «al lado del ciudadano». Más aún, no busca favorecer la concreción de una solución del conflicto de modo consensuado entre los poderes públicos y el ciudadano, sino que su esfuerzo es el de reparar los daños sufridos por el ciudadano a causa de conductas ilegítimas de los poderes públicos⁴⁰.

VI. LOS LÍMITES QUE SE ENCUENTRAN A LA UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS, ALEMÁN E INGLÉS

Es evidente que la utilización del procedimiento de mediación presupone la posibilidad jurídica de «negociar» una solución del litigio. Si por motivos jurídicos no existe espacio alguno para una solución acordada del litigio, el conflicto no puede ser resuelto mediante el procedimiento de mediación. Éste presupone que las partes puedan encontrar una solución acordada respecto del litigio, o al menos respecto a algunos aspectos del litigio. Resulta por ello del todo evidente la «problemática» que acompaña el empleo de la mediación en los litigios entre Administración pública y ciudadano. No es necesario ocultar, en efecto, que la Administración pública, en los ordenamientos a los que nos referimos, está vinculada por el respeto del principio de conformidad a la ley y de primacía de la ley⁴¹. A diferencia del Derecho civil, en el caso del Derecho público las normas tutelan intereses (de carácter público) que se sustraen del «poder de disposición»

³⁹ Cfr. B. PACTEAU, *op. cit.*, 600 ss.

⁴⁰ Cfr. J. RIVERO/J. WALINE, *Droit administratif*, Paris, 2006, 466 s.

⁴¹ Sobre la necesidad de que la Administración pública se encuentre vinculada por el respeto al primado de la ley, ver, en el Derecho francés, O. GOHIN, *op. cit.*, 19; en el Derecho alemán, ver F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *op. cit.*, 23; en el Derecho inglés, M. SUPPERSTONE Q. C./D. STILITZ/C. SHELDON, «ADR...», cit., 314. Según estos últimos autores: «*No public body can enter into a compromise agreement which is ultra vires its powers. That is a legal fact of life*».

de las partes en conflicto. En consecuencia, estas normas limitan el espacio para encontrar una solución acordada del litigio, o incluso lo excluyen del todo. Es impensable que el acuerdo que concluye un procedimiento de mediación entre Administración pública y ciudadano pueda entrar en conflicto con las normas en base a las cuales la controversia sería resuelta por el juez. La solución negociada de la controversia no puede encontrarse más que en el «espacio» que deja libre la norma aplicable al supuesto en examen. En este espacio las partes pueden y deben explorar los límites dentro de los cuales definir el acuerdo. Ninguna Administración pública puede suscribir un acuerdo que excede de sus poderes⁴².

De estas consideraciones, sin embargo, no se debe deducir que el empleo del procedimiento de mediación sea del todo impracticable en el Derecho público. Aunque sea, ciertamente, difícil imaginar negociaciones referidas a la legitimidad del ejercicio de potestades públicas, ello no impide individualizar otras áreas del Derecho público donde sí sea posible el procedimiento de mediación. En Francia se excluye la utilización de la «*mediation*» cuando se trata de litigios que afectan al ejercicio de potestades administrativas, regladas o discrecionales. Tal medio es, sin embargo, admitido cuando el litigio se refiere a un contrato administrativo o a la responsabilidad de la Administración pública⁴³. En los últimos tiempos comienza a delinearse en el *Conseil d'État* una orientación que no excluye el «*contentieux de l'excès de pouvoir*» de la utilización de la mediación. Se admite que son posibles «*arrangements avec la légalité*». Se admite que entre varias soluciones igualmente posibles conforme al prisma de la legitimidad, la Administración pueda ser instada, sin perjuicio de la legalidad, para modificar una «elección» que ya había realizado en una dirección más adecuada a la oportunidad⁴⁴. En Alemania, el empleo de la mediación (*Die Mediation*) se excluye cuando el conflicto afecta al ejercicio de potestades públicas regladas, y se admite cuando se trata de una potestad discrecional⁴⁵. Piénsese en particular en litigios que afectan a planes de programación urbanística⁴⁶. La utilización de la mediación se admite igualmente en referencia a actividades administrativas regladas, si el litigio se refiere a

⁴² Cfr. M. SUPPERSTONE Q. C./D. STILITZ/C. SHELDON, «ADR...», cit., 314.

⁴³ Cfr. S. BOUSSARD, «Modes...», cit., 4. Según el autor: «*Les litiges relatifs aux contrats administratifs et à la responsabilité administrative constituent le domaine de prédilection des procédés alternatifs*». Ver también O. GOHIN, *op. cit.*, 19 s.

⁴⁴ Sobre este aspecto, ver R. CHAPUS, *op. cit.*, 412.

⁴⁵ Cfr. F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *op. cit.*, 23 s. Según los autores, es posible el empleo de la mediación «*Wo der Verwaltung Handlungsspielräume eingeräumt werden, wie dies im Bereich der Ermessensverwaltung...*».

⁴⁶ Cfr. H. PÜNDER, «Verwaltungsverfahren», cit., 504 ss.

los presupuestos en los cuales se basa la decisión administrativa⁴⁷. El empleo de la mediación se admite, además, cuando se recurren los presupuestos jurídicos para un contrato (de Derecho público) de transacción, en el sentido del citado artículo 55 de la Ley sobre el procedimiento administrativo. Se admite incluso cuando se recurren los presupuestos para una transacción judicial (*gerechtlicher Vergleich*) en el sentido del citado artículo 106 de la Ley sobre el proceso administrativo⁴⁸. En lo que se refiere al Reino Unido, no hay duda que el empleo de los ADR en el Derecho público inglés encuentra mayores límites de los previstos en otras áreas del mismo Derecho. Muchos límites son, sin embargo, de naturaleza cultural⁴⁹. En todo caso, se establece que mientras la mediación no es admisible para resolver conflictos en cuestiones de Derecho, para decidir cuestiones de derechos y libertades civiles, para resolver cuestiones de abuso de poder administrativo o valoraciones de interés público, es, sin embargo, totalmente admisible para encontrar una solución a conflictos de Derecho público para las cuales no fuera adecuada una rígida aplicación de las normas o cuando se trata de resolver cuestiones fácticas complejas⁵⁰. En particular, se admite que la utilización de la mediación pueda emplearse en todo lo que concierne al «*social welfare-housing, community care, etc.*»⁵¹.

VII. LA UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN PREVIO AL PROCESO EN LA EXPERIENCIA FRANCESA

En los tres ordenamientos tomados en consideración es posible la utilización del procedimiento de mediación antes y fuera del proceso y también, como veremos a continuación, en el curso del proceso jurisdiccional.

En Francia, la utilización del procedimiento de *mediation-conciliation* antes del proceso puede ser en algunos casos incluso obligato-

⁴⁷ Cfr. F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *op. cit.*, 24. Referencias también en S. BOYRON, «The Rise of Mediation in Administrative Law Disputes: Experiences from England, France and Germany», en *Public Law*, 2006, 331.

⁴⁸ Cfr. F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *op. loc. ult. cit.* Según el artículo 106, «para eliminar en todo o en parte una causa, las partes pueden concluir un acuerdo redactado por el tribunal o por el juez encargado o por el juez al cual le sea dirigida la cuestión, en la medida en la que las mismas puedan disponer del objeto del acuerdo. Un acuerdo judicial puede ser concluido incluso cuando las partes aceptan por escrito ante el tribunal una propuesta adoptada en la forma de decisión del tribunal, el presidente, o el juez relator».

⁴⁹ Cfr. M. SUPPERSTONE Q. C./D. STILITZ/C. SHELDON, «ADR...», cit., 319.

⁵⁰ Para un atento examen de las diversas hipótesis, ver M. SUPPERSTONE Q. C./D. STILITZ/C. SHELDON, «ADR...», cit., 310 ss. Ver también S. BOYRON, «The Rise...», cit., 332.

⁵¹ Cfr. S. BOYRON, «The Rise...», cit., 332, n. 70.

ria. En líneas generales, la utilización del procedimiento es facultativa⁵². Las partes pueden recurrir a este proceso incluso en ausencia de un acuerdo previo⁵³.

En la experiencia francesa el procedimiento de *mediation-conciliation* antes del proceso se caracteriza por el hecho de que su desarrollo ocurre frente a específicos organismos administrativos. Éstos se encargan de encontrar una «*solution amiable et équitable*»⁵⁴. Entre los organismos encargados de esta tarea adquieren una relevancia particular los «*Comités consultatifs de règlement à l'amiable des litiges relatifs aux marchés publics*»⁵⁵. Para la realización de tal labor están previstos el *Comité consultatif national* y los *Comités consultatifs interregionaux*. El primero es competente para conocer de los contratos de la Administración central del Estado y de los organismos públicos del Estado. Los segundos son competentes para conocer de los contratos de los organismos descentralizados del Estado y de los de los entes locales⁵⁶.

La composición del «*Comité national*» y de los «*Comités régionaux*» se inspira en una lógica tripartita. De ellos forman parte magistrados administrativos, funcionarios de la Administración y expertos del sector de los contratos públicos. Los magistrados son nombrados por el Estado para un mandato limitado a cinco años, renovable. Los otros miembros son elegidos, en atención al litigio, por el presidente del *Comité* de entre una lista preestablecida. La iniciación del procedimiento puede instarse por cualquiera de las partes al *Comité* y suspende los plazos del recurso. El procedimiento se organiza conforme al modelo establecido por las reglas del «procedimiento administrativo contencioso»⁵⁷. La instrucción del procedimiento es dirigida por el *rapporteur*, elegido de entre los magistrados que forman parte del *Comité*. La misma tiene carácter tanto escrito como oral y se desarrolla siempre conforme al principio de contradicción. Para la finalización del procedimiento se establece un plazo de seis meses, que puede ser prorrogado por decisión del presidente otros tres meses más⁵⁸.

⁵² Cfr. S. BOUSSARD, «Modes...», cit., 6.

⁵³ Cfr. O. GOHIN, *Contentieux administratif*, Paris, 2007, 19.

⁵⁴ Para las diferentes hipótesis, ver S. BOUSSARD, «Modes...», cit., 5 ss.

⁵⁵ También presentan una especial importancia las «*Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation des accidents médicaux*». Sobre este aspecto, ver S. BOUSSARD, «Modes...», cit., 7. Ha de precisarse en todo caso que el recurso previsto para los *marchés publics* no pertenece a los casos de recursos obligatorios (cfr. O. GOHIN, *op. cit.*, 19).

⁵⁶ Cfr. S. BOUSSARD, «Modes...», cit., 6.

⁵⁷ Sobre los caracteres del «procedimiento administrativo contencioso», ver M. DEGUERGUE, *Procédure administrative contentieuse*, Paris, 2003, espec. 153 s.

⁵⁸ Sobre todos estos aspectos, de nuevo, ver S. BOUSSARD, «Modes...», cit., 6 ss.

La función de los *Comités* es la de «*rechercher les éléments de droit ou de fait en vue d'une solution aimable et équitable*». En conformidad con la previsión ya incluida en el *Code des Marchés publics*⁵⁹, estos organismos tienen un margen de valoración más amplio del que goza el juez administrativo o la misma autoridad administrativa. Los mismos pueden incluso sugerir una solución de naturaleza equitativa. Su función de «mediador-conciliador» entre el ciudadano y la Administración pública es la de individualizar una solución aceptable para las dos partes, la cual, aun inspirándose en exigencias de equidad⁶⁰, sea conforme a las exigencias del «*ordre public*»⁶¹.

La solución del litigio propuesta por estos *Comités* se adopta bajo la forma de «*avis*», de «dictamen» y se notifica a las partes. Este «*avis*», siempre que sea compartido por las partes, se constituye en la decisión por la que la Administración responsable del contrato finaliza el litigio⁶².

El sometimiento del litigio a los *Comités* suspende los plazos del recurso jurisdiccional «*jusqu'à la decision prise par la personne responsable du marché après avis du Comité*»⁶³.

VIII. CONTINUACIÓN: EN LA EXPERIENCIA ALEMANA

En Alemania se puede recurrir a la *Mediation* durante y después del transcurso del procedimiento administrativo (*mitlaufende Mediation*)⁶⁴ y sucesivamente durante el recurso administrativo (*Widerspruchsverfahren*) contra la resolución adoptada por la Administración (*Nachlaufende Mediation*)⁶⁵.

Así, ha sido oportunamente admitido el recurso a una «mediación» endoprocedimental. En este caso, si existen los presupuestos y las condiciones para una solución compartida por las partes, se evita el derroche de tiempo y de recursos de llevar a cabo un procedimiento administrativo cuya decisión final podrá o deberá ser reformada.

También en la experiencia germana el mediador carece de poderes decisionales, su función es la de tratar de allanar de una manera impar-

⁵⁹ Cfr. el artículo 131 del *Code des Marchés publics*. Sobre este aspecto, ver S. BOUSSARD, «*Modes...*», cit., 6. Allí se puede encontrar una reconstrucción pormenorizada de las fuentes normativas.

⁶⁰ Cfr. R. CHAPUS, *op. cit.*, 394.

⁶¹ Cfr. O. GOHIN, *op. cit.*, 19.

⁶² Cfr. S. BOUSSARD, «*Modes...*», cit., 6; R. CHAPUS, *op. cit.*, 394.

⁶³ Cfr. S. BOUSSARD, «*Modes...*», cit., 6.

⁶⁴ Cfr. H. PÜNDE, «*Verwaltungsverfahren*», cit., pág. 516

⁶⁵ Cfr. F. O. KOPP/U. RAMSAUER, *op. cit.*, 1423.

cial las diferencias entre las partes que surgen en el curso de la negociación. Debe ser el garante de la objetividad y del «*fairness*» del proceso de acuerdo⁶⁶. Incluso cuando el mismo tiene lugar en el seno de un procedimiento administrativo en marcha, el «mediador» no actúa en interés de la Administración pública, sino que debe actuar en interés de todas las partes en conflicto⁶⁷. Normalmente, el mediador desarrolla una labor que no exige el ejercicio de potestades públicas. Su actividad es una actividad de Derecho privado⁶⁸. Cuando se trata de una mediación endoprocedimental se entiende que no sea necesario recurrir a un sujeto «externo» de la Administración, en cuanto que el mediador (aunque sea funcionario de la Administración) está sujeto al deber de respeto de la imparcialidad⁶⁹. Si el mediador debe comprobar los hechos y las circunstancias implicados en el litigio, entonces necesita una «investidura *ad hoc*» por parte de la Administración para proceder a tal comprobación. Debiendo ejercitar prerrogativas propias de la Administración, necesita de una «investidura» (*Beleihung*)⁷⁰. En estos supuestos el mediador actúa como «*Verwaltungshelfer*», como auxiliar de la Administración, y está obligado a respetar las *Weisungen der Behörde*, las «instrucciones de la Administración»⁷¹. Ello no debería mermar la «ajenidad» del mediador, si interpreta correctamente su papel. Lo que resulta decisivo es que el mediador desarrolle su función de una manera imparcial, incluso si no puede ocultarse que la Administración pública puede en particular limitar el efectivo conocimiento de la realidad de los hechos.

El desarrollo del procedimiento de mediación puede ser subdividido en varias etapas sucesivas.

En la primera el mediador, de acuerdo con las partes, fija las reglas del procedimiento. Se establece un periodo de tiempo dentro del cual debe desarrollarse la discusión, lo que permite fijar un plazo asumible por todas las partes⁷². En un segundo momento se describe la situación de hecho que representa el motivo de la controversia y, eventualmente, las «razones» esgrimidas por las partes. En un tercer momento se explicitan los intereses que subyacen a la controversia y, de un modo sucesivo, las situaciones en torno a las cuales existe even-

⁶⁶ Cfr. H. PÜNDE, «Verwaltungsverfahren», cit., 508.

⁶⁷ Cfr. F. O. KOPP/U. RAMSAUER, *op. cit.*, 49.

⁶⁸ Cfr. F. O. KOPP/U. RAMSAUER, *op. cit.*, 9.

⁶⁹ Critica esta orientación H. PÜNDE, «Verwaltungsverfahren», cit., 509.

⁷⁰ Cfr., de nuevo, F. O. KOPP/U. RAMSAUER, *op. cit.*, 50.

⁷¹ Cfr., de nuevo, H. PÜNDE, *op. loc. ult. cit.* La actividad del mediador es considerada actividad de Derecho público (cfr. F. O. KOPP/U. RAMSAUER, *op. cit.*, 49). Los autores aquí citados, sin embargo, son propensos a reconocer un carácter público al mediador sólo cuando actúe en el seno del procedimiento administrativo.

⁷² Cfr. H. PÜNDE, *op. cit.*, 507.

tualmente un consenso y aquellas sobre las que subsiste el desacuerdo. Finalmente, se exponen las diferentes posibilidades de solución y se debaten los pros y los contras de cada una⁷³.

Si durante el desarrollo del procedimiento de mediación se advierte que en el mismo pueden aparecer afectados los intereses de un tercero, es necesario que los mismos sean tenidos en cuenta en el momento de la definición del acuerdo. Si la situación subjetiva del particular es relevante en relación con la situación subjetiva de otro particular (relación administrativa multipolar), el acuerdo ha de tomar en consideración todos los intereses de los particulares en juego. Con ese objetivo, se debe prever una adecuada participación del «tercero» en la elaboración de la solución del litigio⁷⁴.

Cuando el procedimiento de mediación se concluye con un acuerdo, es posible establecer diferentes órdenes de consecuencias en razón del momento en el que dicho acuerdo se alcanza.

Si el acuerdo se alcanza al inicio del procedimiento administrativo, el particular modificará su reclamación conforme al contenido del mismo. Si el acuerdo llega en el transcurso del procedimiento, se integrará en el *iter* procedimental en curso. Si se alcanza una vez concluido el procedimiento, se tendrá en consideración recurriendo a las «determinaciones accesorias» a la decisión, siempre que las mismas resulten compatibles con la resolución adoptada. Si el acuerdo alcanzado no es compatible con dicha resolución, la autoridad, entonces, y conforme a las circunstancias, debe proceder a la anulación, la revocación o la modificación de la resolución⁷⁵.

Una vez llegado el acuerdo, el particular no puede hacer valer en la vía jurisdiccional su pretensión original, pues faltaría el interés para recurrir.

En el supuesto en el que la Administración no respete el acuerdo alcanzado, subsiste una responsabilidad contractual de la Administración pública. Si la Administración se había comprometido a la emanación de un acto, el particular puede proceder contra la Administración ejercitando la acción de incumplimiento y la acción de resarcimiento del daño, pero puede también rescindir el contrato y reclamar los daños⁷⁶.

⁷³ Cfr. H. PÜNDE, «Verwaltungsverfahren», cit., 515.

⁷⁴ Cfr. F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *op. cit.*, 24.

⁷⁵ Sobre este aspecto, ver H. PÜNDE, «Verwaltungsverfahren», cit., 516.

⁷⁶ Sobre estos aspectos, ver, de nuevo, H. PÜNDE, «Verwaltungsverfahren», cit., 518.

IX. CONTINUACIÓN: EN LA EXPERIENCIA INGLESA

En la nueva regulación del proceso civil inglés (prevista en las *Civile Procedure Rules*) no sólo se establece que el juez debe animar a las partes a utilizar uno de los procedimientos alternativos de resolución de las controversias cuando lo estime oportuno, sino que además prevé que las partes puedan adoptar un acuerdo sobre el procedimiento alternativo aun antes de interponer el recurso en sede jurisdiccional⁷⁷.

La posibilidad de recurrir al procedimiento de mediación también en los litigios entre la Administración pública y el ciudadano ha sido afirmada con autoridad por el juez Woolf en la famosa sentencia *Cowl*⁷⁸. La posición favorable a la utilización de la mediación también para los litigios entre Administración pública y ciudadano expresada en la sentencia *Cowl* ha sido posteriormente asumida en el *Government's Pledge* de 2001 para la promoción y difusión de los procedimientos referidos a los ADR en el seno de todos los *Government Departments y Agencies*⁷⁹.

A pesar de que falta una regulación-tipo que discipline el desarrollo de la mediación, es posible, sin embargo, establecer algunos elementos de la misma. El mediador es nombrado por común acuerdo de las partes, y debe ser imparcial. La neutralidad del «tercero» es, en efecto, la característica que distingue la mediación de otras formas de negociación⁸⁰. El mediador encuentra en el texto del acuerdo el marco de su actuación, sin que ello le impida desarrollar su labor proponiendo ideas y sugerencias para la solución del litigio.

Las partes, de común acuerdo con el mediador, deciden cómo estructurar el procedimiento. El mismo suele desenvolverse conforme a los siguientes *steps*: a) recogida e intercambio de información y presentación de las partes; b) determinación de los representantes de las partes que participen en el procedimiento; c) encuentro preliminar para determinar las cuestiones objeto de la controversia; d) eventuales encuentros individuales entre las partes y el mediador; e) individualización de los posibles ámbitos de acuerdo, negociación entre las partes y formulación del acuerdo; f) verbalización de la decisión y conclusión⁸¹.

⁷⁷ Cfr. S. BOYRON, «The Rise...», cit., 326, n. 34.

⁷⁸ Cfr. S. BOYRON, «The Rise...», cit., 331 s.; M. SUPPERSTONE Q. C./D. STILITZ/C. SHELDON, «ADR...», cit., 308 ss.

⁷⁹ Cfr. C. TACCOLA, «Gli strumenti...», cit., 268.

⁸⁰ Cfr. M. SUPPERSTONE Q. C./D. STILITZ/C. SHELDON, «ADR...», cit., 300.

⁸¹ Cfr. G. TACCOLA, «Gli strumenti...», cit., 268 s.

Todos los acuerdos que establecen un procedimiento de mediación contienen la cláusula «*without prejudice*». Ello garantiza la no admisibilidad ni empleo de las informaciones obtenidas durante el procedimiento de mediación en sede jurisdiccional. Estrechamente conectada a la cláusula mencionada aparece la «cláusula de secreto», la cual impone completa reserva sobre las informaciones que el mediador y las partes puedan adquirir durante el desarrollo del procedimiento. Esta cláusula se traduce no sólo en la prohibición de divulgar el contenido de las comunicaciones establecidas entre las partes, y entre éstas y el mediador, sino también en la prohibición de utilizar dichas comunicaciones en un futuro juicio en el caso de que el procedimiento de mediación no concluya con un acuerdo. Una cláusula de este tipo busca en realidad impulsar a las partes a negociar abiertamente, a realizar concesiones⁸². Facilita la comunicación entre las partes y favorece la elaboración de una solución compartida. La violación de la obligación de reserva expone al sujeto incumplidor a una acción por resarcimiento de los daños.

Un aspecto adicional del procedimiento de «*mediation*» es el «*ultimate control*» de las partes sobre el mismo. Las mismas tienen la posibilidad de abandonarlo en cualquier momento⁸³. En efecto, ha de informárseles de su derecho no susceptible de ser sometido a condición de abandonar la mediación y confiar eventualmente al juez la resolución del litigio. La libre y espontánea adhesión al acuerdo se entiende, con razón, como esencial. Se trata de una regla esencial sin la cual el procedimiento de mediación no tendría sentido: el temor de eventuales consecuencias negativas en caso de abandono del procedimiento podría inducir a una de las partes a aceptar una solución no conveniente. Si se alcanza el acuerdo, el mismo se somete a la confirmación de la autoridad competente. Dicho acuerdo confirmado tiene el valor de un verdadero contrato⁸⁴. Sin embargo, existe la posibilidad de que el tribunal reconozca al acuerdo los mismos efectos que una decisión judicial, e incluso que, en caso de acuerdo parcial, el tribunal competente para juzgar el litigio lo asuma como propio y decida sólo sobre la parte del litigio donde subsistan posiciones encontradas⁸⁵.

⁸² Subrayan estos aspectos C. TACCOLA, «Gli strumenti...», cit., 265; E. SILVESTRI, «Conciliazione...», cit., 283, recuerda que una formulación particularmente detallada de la prohibición de divulgar el contenido de las comunicaciones establecidas entre las partes y entre éstas y el mediador, y de la prohibición de utilizar dichas comunicaciones en un futuro juicio que se produzca a causa de la ausencia de una solución negociada, puede encontrarse en la *Uniform Mediation Act (UMA)* de los Estados Unidos.

⁸³ Cfr. M. SUPPERSTONE Q. C./D. STILITZ/C. SHELDON, «ADR...», cit., 300.

⁸⁴ Cfr. S. BOYRON, «The Rise...», cit., 339.

⁸⁵ Sobre estos aspectos, ver, de nuevo, S. BOYRON, *loc. ult. cit.*

X. LA UTILIZACIÓN DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN EL CURSO DEL PROCESO EN LA EXPERIENCIA FRANCESA

Como ya hemos mencionado, la utilización del procedimiento de mediación puede producirse también en el curso de un proceso jurisdiccional. Se trata de una realidad cada vez más extendida. El juez, al modo de una «gestión de *management*» de la causa, está autorizado a poner en práctica las soluciones más adecuadas para favorecer una rápida definición del litigio de forma consensuada, con el fin de evitar las largas esperas y los elevados costes del proceso⁸⁶.

En Francia los tribunales administrativos, en ejecución de una explícita previsión normativa contenida en el *Code Justice Administrative*, pueden ejercitar una «*mission de conciliation*». Esta previsión, que se conecta a la institución del *juge de paix* creado en la Revolución francesa, ha sido después integrada en una Ley de 1996 que institucionaliza y organiza la «*mediation judiciaire*»⁸⁷. El juez administrativo puede promover la utilización de la «*mediation*», pero no puede imponerla a las partes⁸⁸. El mismo juez puede desempeñar el papel de «mediador». Aunque la realización de esta función aumente la consideración de la figura del juez, el cual ya no es visto como alguien que «censura», sino como alguien que «aconseja», normalmente se confía a un tercero «*la mission de concilier les parties*»⁸⁹.

El tribunal no puede ejercitar la «*mission de conciliation*» más allá de sus competencias jurisdiccionales⁹⁰. El empleo del procedimiento de mediación puede producirse sea en el proceso principal, sea en el proceso cautelar⁹¹. En un reciente *Arrêt* del *Conseil d'État* de 11 de febrero de 2005, la *Section du Contentieux*, en sede cautelar, ha confiado a un «experto» no sólo la tarea de comprobar y valorar determinadas circunstancias, sino también «*la mission de concilier le parties, si faire se peut, à l'issue de ses opérations d'expertise*»⁹².

⁸⁶ Sobre este aspecto, ver E. SILVESTRI, «Conciliazione...», cit., 278.

⁸⁷ La Ley núm. 95-125, de 8 de febrero de 1995, y su Decreto de aplicación, núm. 96-652, de 22 de julio de 1996, institucionalizan y organizan la práctica de la «*mediation judiciaire*». Sobre este aspecto, ver S. BOUSSARD, «Modes...», cit., 7.

⁸⁸ «*La conciliation par les tribunaux administratifs est facultative non seulement pour le tribunal, mais encore pour les personnes concernées*». Así, J. M. LE GARS, «Conciliation et médiation en matière administrative», en *Actualité Juridique Droit Administratif (AJDA)*, 2000, 511.

⁸⁹ Cfr. S. BOUSSARD, «Modes...», cit., 7.

⁹⁰ Cfr. O. GOHIN, *op. cit.*, 19.

⁹¹ Cfr. O. GOHIN, *op. cit.*, 20.

⁹² Cfr. E. GLASER, «Expertise et conciliation (à propos du calcul du "forfait d'externat")», en *Revue Française de Droit Administratif (RFDA)*, 2005, 546 ss. En el mismo también puede encontrarse el *Arrêt* de 11 de febrero de 2005 de la *Section* del *Conseil d'État*.

El empleo de la «mediación judicial» puede también solicitarse por las partes. Cuando las mismas solicitan la utilización de la mediación, el juez goza de una completa discrecionalidad para acordar o denegar el empleo de un medio como éste. Valora libremente las *chances* del intento de mediación, teniendo en cuenta aquellos que son o parecen ser los puntos de vista de la Administración. El eventual rechazo no es susceptible de recurso por exceso de poder⁹³.

Si el procedimiento de mediación se concluye con un acuerdo, las partes pueden limitarse a ponerlo en conocimiento del juez para el «sobreseimiento» de la causa. El recurrente puede asimismo retirarse del proceso. Pero el aspecto más relevante consiste en el hecho de que las partes pueden también solicitar al juez que se pronuncie sobre su acuerdo. Podrán pedirle que simplemente tome nota del mismo o que lo transforme en una decisión judicial que reproduzca su contenido. En todo caso, el juez no podrá satisfacer la petición que se le hace sin antes haber comprobado que el acuerdo no entra en conflicto con motivos de orden público⁹⁴.

XI. CONTINUACIÓN: EN LA EXPERIENCIA ALEMANA

En el *VwGO* alemán (Código del Proceso Contencioso-Administrativo) falta, a pesar de haber sido reclamada en diversas ocasiones, una norma que prevea explícitamente el empleo del procedimiento de mediación judicial (*gerichtliche Mediation*). La doctrina encuentra en el artículo 87.1.º, núm. 2, del *VwGO*⁹⁵ el fundamento del poder del juez para acoger la solicitud de las partes de iniciar un procedimiento de mediación o para iniciarlo por su propia iniciativa. Conforme a este artículo, el presidente del colegio juzgador o el ponente pueden invitar a las partes a debatir los hechos de la causa o de la controversia con el fin de alcanzar una composición amistosa del litigio (*gütliche Beilegung*) o una transacción (*Vergleich*).

Cuando el juez promueve el procedimiento de mediación judicial por su iniciativa, las partes no están obligadas a someterse a la «me-

⁹³ Sobre estos aspectos, ver R. CHAPUS, *op. cit.*, 393 s.; O. GOHIN, *op. cit.*, 20.

⁹⁴ Sobre las hipótesis antes mencionadas, ver O. GOHIN, *op. loc. ult. cit.*

⁹⁵ Sobre el fundamento del poder del juez para recurrir a la mediación la doctrina no es unánime. Es dominante la orientación que encuentra en el artículo 87.1.º, núm. 2, del *VwGO* el poder del juez de solicitar la utilización de la «*richterliche Mediation*». Sobre este aspecto, ver W.-R. SCHENKE, *op. cit.*, 5 s.; I. BADER/M. FUNKE-KAISER/S. KUNTZE/J. VON ALBEDYLL, *op. cit.*, 863 s. En sentido opuesto, J. VON BARGEN, «Mediation in Verwaltungsprozess», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2004, 475 s.

diación», y no incurrir en ninguna penalización si la rechazan⁹⁶. No es necesario que el mediador sea un juez, es suficiente con que sea un experto en Derecho⁹⁷, aunque es más frecuente que se trate de un juez administrativo de la misma demarcación de la que pende la causa, en tanto que cada vez está más difundida la formación del juez como «mediador». Así, en importantes tribunales de la República Federal Alemana, tales como el de Giessen, el de Sajonia o el de Baden-Württemberg, han sido dispuestos «*Pilotproject gerichtliche Mediation*»⁹⁸.

El mediador debe ser «neutral» respecto de las partes. Su principal obligación es la de crear las condiciones que favorezcan el diálogo entre ellas. Debe, sin tener en cuenta sus respectivas posiciones, favorecer una igual posibilidad de negociación. Debe respetar el principio de paridad de armas⁹⁹.

La «mediación judicial» se desarrolla conforme a los criterios ya mencionados respecto de la mediación que se produce antes del proceso jurisdiccional. Las partes, con la colaboración del mediador, definen las reglas del procedimiento mediador. Entre ambas deben poder explicar su propia posición. El mediador ayudará a las partes a encontrar una base común de partida de la negociación, a fin de acortar el *gap* entre las posiciones respectivas y alcanzar al fin un acuerdo. En el caso en que el procedimiento de mediación se establezca con referencia a procesos masivos o con un notable número de sujetos, se estima que para representar a esta multiplicidad de sujetos en la negociación ha de admitirse sólo un limitado número de representantes¹⁰⁰. En caso de conclusión positiva del procedimiento de mediación se suscribe por los participantes un acuerdo sobre la solución del litigio alcanzada. Después de suscribirlo, el recurso interpuesto se retira o se declara el proceso extinguido. Si todos los participantes en la mediación son partes en el proceso, el acuerdo puede ser convertido en una transacción procesal¹⁰¹.

⁹⁶ Cfr. J. VON BARGEN, «Mediation...», cit., 470. El autor pone la «*Freiwilligkeit*», la voluntariedad, como primera condición para la utilización de la mediación.

⁹⁷ Cfr. F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *op. cit.*, 25.

⁹⁸ Sobre las experiencias mencionadas, ver J. VON BARGEN, «Mediation...», cit., 473 s. Ver también W. REIMERS, «Erwartungen an die Einführung der gerichtsnahen Mediation in der hessischen Verwaltungsgerichtsbarkeit», en R. FRITZ/B. KORBER/R. LAMBECK (coords.), *Mediation statt Verwaltungsprozess?*, München, 2004, 97 ss.

⁹⁹ Cfr. F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *op. cit.*, 22.

¹⁰⁰ Cfr. F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *op. cit.*, 24.

¹⁰¹ Sobre todos estos aspectos, ver F. O. KOPP/W.-R. SCHENKE, *op. cit.*, 22.

XII. CONTINUACIÓN: EN LA EXPERIENCIA INGLESA

También en el Derecho inglés es posible, como hemos mencionado anteriormente¹⁰², la utilización del procedimiento de mediación una vez instaurado el proceso jurisdiccional. En el Código procesal civil se establece no sólo la obligación del juez de animar a las partes a utilizar un procedimiento de resolución alternativa de las controversias cuando lo estime oportuno, sino también la de facilitar el uso de este procedimiento si hay probabilidades de éxito. En el caso de rechazo, el juez puede tenerlo en cuenta en sede de liquidación de costas, imponiéndoselas a la parte (incluso pública) que de un modo injustificado ha rechazado el empleo de la mediación¹⁰³. Si la parte ha rechazado injustificadamente la vía de la «mediation», el juez puede condenarla en costas aun cuando haya resultado victoriosa.

En consonancia con la filosofía propia del proceso inglés, basada en el sistema acusatorio, y a diferencia de lo previsto en Francia y Alemania (cuyos procesos se basan en el sistema inquisitorio), el juez no puede participar directamente en el procedimiento de mediación ni puede siquiera designar al «mediador»¹⁰⁴. El papel del mediador se asigna siempre a un *professional mediator*, a un mediador profesional elegido por las partes de común acuerdo. Ello no significa, sin embargo, que el juez quede de todo al margen de la construcción del procedimiento de mediación y su desarrollo. Cuando se establece el procedimiento de mediación, el juez «indica» en el acuerdo las cuestiones que deben ser tratadas y avanza las recomendaciones relativas a las modalidades procedimentales. Comúnmente, las *Guidelines* son definidas por la Corte y aceptadas por las partes¹⁰⁵. En efecto, el juez predetermina al detalle el entero procedimiento de mediación de modo que los derechos de las partes estén garantizados. Justamente porque el juez no está presente directamente en el procedimiento de mediación, quiere prevenir cualquier dificultad y evitar cualquier ilí-

¹⁰² El juez Woolf, en las famosas sentencias *Cowl* y *Anufriyeva*, ha rebatido después, para los litigios con la Administración pública, la posibilidad de recurrir a los procedimientos de ADR incluso en sede de *judicial review*. Las referencias a las mencionadas sentencias se encuentran en S. BOYRON, «The Rise...», cit., 331.

¹⁰³ Cfr. S. BOYRON, «The Rise...», cit., 331.

¹⁰⁴ S. BOYRON, «The Rise...», cit., 323, subraya la distinta filosofía entre los procesos contencioso-administrativos francés y alemán respecto del inglés. Los primeros se caracterizan por el principio inquisitorio; el inglés se caracteriza, en cambio, por el principio acusatorio.

¹⁰⁵ Cfr. S. BOYRON, «The Rise...», cit., 335. El autor recuerda que en la famosa causa *Cowl* las «Guidelines were drafted by the court and agreed to by the parties».

cito¹⁰⁶. En el Reino Unido, el «gobierno» del procedimiento de mediación corresponde normalmente a un «*mediation committee*», compuesto por un mediador profesional independiente (*independent chairman*) y por dos representantes de las partes¹⁰⁷. El *Panel* está obligado a procurarse una sede, un apoyo administrativo y una asesoría jurídica independiente.

Todos los acuerdos a través de los cuales se instaura la mediación prevén que no puede modificarse nada en relación con el objeto del litigio hasta la conclusión del procedimiento de mediación. Prevén también, como hemos recordado respecto de la mediación previa al proceso jurisdiccional, la cláusula «*without prejudice*», que preclude la posibilidad de utilizar en sede jurisdiccional las informaciones adquiridas durante la mediación. Esta cláusula favorece la consecución de la solución consensual, ya que permite poder recoger el mayor número posible de informaciones sin el temor de que puedan ser utilizadas en contra en el proceso jurisdiccional, si no se ha llegado a un acuerdo. Se prevé incluso la «cláusula de secreto», que impone la obligación de completa reserva sobre el mediador y las partes, y la exclusión del proceso de cualquier sujeto no legitimado¹⁰⁸.

El *agreement* alcanzado por las partes tiene, como hemos mencionado anteriormente, el valor de un contrato. Si una de las partes rechaza seguirlo, sólo la Corte puede resolver la cuestión¹⁰⁹.

XIII. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA VALIDEZ DEL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN COMO MEDIO ALTERNATIVO A LA RESOLUCIÓN DE LITIGIOS EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Al final de esta reconstrucción que ha tocado alguno de los puntos más relevantes de la problemática del procedimiento de mediación en Francia, Alemania y Reino Unido no podemos dejar de preguntarnos si y en qué medida el procedimiento de mediación, tal y como aparece estructurado en los ordenamientos a los cuales hemos hecho referencia, puede ser considerado un medio adecuado para la persecución de aquellos objetivos que son el fundamento de la previsión de los *Alternative Dispute Resolution*. Estos objetivos son, lo repetimos, la simplificación de los procedimientos, la reducción de los plazos y los costes para la solución del litigio, una mayor proximidad de la so-

¹⁰⁶ Cfr. S. BOYRON, «The Rise...», cit., 335.

¹⁰⁷ Cfr. S. BOYRON, «The Rise...», cit., 336.

¹⁰⁸ Estos aspectos son mencionados por C. TACCOLA, «Gli strumenti...», cit., 265.

¹⁰⁹ Cfr. S. BOYRON, «The Rise...», cit., 339.

lución a las exigencias del litigio, un «nuevo protagonismo» de las partes en la definición de la solución que supere la «lógica» de la decisión impuesta desde lo alto¹¹⁰, salvaguardando contextualmente el respeto de garantías que emancipan estos procedimientos del peligro de una «deriva privatística» donde domina la ley del más fuerte.

Esta pregunta resulta particularmente actual desde el momento en que, tras la euforia que ha acompañado la teorización de estos «remedios», han aparecido no pocas dudas sobre su validez. Se denuncia, en particular, que en no pocas ocasiones estos medios no presentan adecuadas garantías de imparcialidad, independencia, transparencia y equidad¹¹¹.

Al formular algunas consideraciones conclusivas, parece oportuno distinguir en primer término el procedimiento de mediación que se desarrolla antes y fuera del proceso jurisdiccional de aquel que se desenvuelve dentro del circuito procesal.

En el primer caso no podemos dejar de subrayar la posibilidad de que en la experiencia francesa ocurra una «administrativización del procedimiento de mediación», en cuanto que ésta se confía a un organismo ontológicamente administrativo. Será un organismo de naturaleza administrativa al que le corresponda formular «*l'avis*», que será la base de la decisión de la Administración responsable del contrato público con la cual se cierra el litigio¹¹². El procedimiento de mediación es administrado por una autoridad ajena. E incluso si este organismo goza de «independencia» respecto de la Administración pública que ha cerrado el contrato y formula su «*avis*» inspirándose en el principio de equidad, se trata en todo caso de una solución impuesta desde lo alto, que no tiene en cuenta la «filosofía» que está en la base de los ADR, caracterizada, sin embargo, por el protagonismo del papel de las partes en la resolución del litigio. En el caso francés, el procedimiento de «*mediation*» se asemeja mucho a los tradicionales «*recours administratifs préalable*s». Distinto es el modelo alemán. En armonía con la «filosofía» que está en la base de los medios identificables como *Alternative Dispute Resolutions*, el mismo acredita el papel de las partes en la definición de las reglas del procedimiento y en la definición de la «solución» del litigio. Ésta se construye, pedazo a pedazo, por las partes en presencia de un mediador que está vinculado por una obligación de imparcialidad y de garantía del *fairness* del procedimiento. Permanece, sin embargo, una suerte de conexión

¹¹⁰ Ver más arriba, epígrafe 3.

¹¹¹ Cfr. E. SILVESTRI, «Osservazioni in tema di strumenti alternativi per la risoluzione delle controversie», en *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 1999, 322 ss. y espec. 325.

¹¹² Ver más arriba, epígrafe 6.

funcional entre la Administración y el mediador, pues aun cuando éste no sea (siempre) un funcionario de la Administración, está obligado en todo caso (ya que ejercita potestades administrativas en el procedimiento de mediación endoprocedimental) a respetar *Weisungen* (instrucciones) de la Administración. En la experiencia inglesa predomina una orientación que dota de fuerte autonomía a las partes en la estructuración del procedimiento de mediación. La estructuración y el desarrollo de la misma se confían decididamente a la autonomía privada de las partes. En ausencia de una normativa general, las partes pueden establecer las modalidades del procedimiento de común acuerdo con el mediador. Incluso en este caso el requisito de la imparcialidad del mediador se entiende como esencial. Esta «*third party neutral*» es el carácter distintivo del procedimiento de mediación respecto de otras formas de resolución extrajudicial de los litigios¹¹³.

Estrechamente relacionadas al contexto de la realidad procesal aparecen, sin embargo, las tres experiencias de procedimientos de mediación que se desarrollan en el curso de un proceso jurisdiccional (*Court-annexed mediation*). En todas y cada una de ellas el procedimiento de mediación se configura como un «paréntesis consensual» del proceso jurisdiccional. En todas y cada una de estas experiencias la mediación, aunque de modo diferente, se desenvuelve bajo los «auspicios» del juez. En el Derecho francés y en el alemán es el mismo juez el que desempeña el papel de mediador, o el que nombra, con el acuerdo de las partes, un «experto» que actúa como su «auxiliar». En el Derecho inglés el «mediador», aun no siendo nombrado por el juez (sino por las partes), ve sus deberes y poderes ampliamente «predeterminados» por el juez en el acuerdo a través del cual se prevé la utilización del procedimiento de mediación. En este caso el juez desarrolla una función de garante del *fairness* del procedimiento. Desarrolla una función equilibradora y de garantía que podría faltar en un acuerdo dejado en todo a la autonomía de las partes. Y, además, en todas y cada una de las experiencias examinadas se garantiza la imparcialidad del mediador. Se prevé el deber de secreto del mediador y de las partes. Se prevé el respeto del principio contradictorio y del principio de «paridad de armas». En conclusión, con la excepción de la solución francesa en sede preprocesal, las distintas experiencias examinadas (sean en sede preprocesal o durante el proceso jurisdiccional) se acomodan largamente a la «filosofía» propia de los *Alternative Dispute Resolution*, que busca conjugar informalidad del procedimiento, protagonismo del papel de las partes en la definición de la

¹¹³ Cfr. M. SUPPERSTONE Q. C./D. STILITZ/C. SHELDON, «ADR...», cit., 300.

solución del litigio y garantías procedimentales. La referencia a dichas peculiaridades distingue de una forma neta y positiva el procedimiento de mediación de las más recurrentes formas de solución extrajudicial, como el arbitraje o la transacción. En el arbitraje, aun cuando su desarrollo se fundamenta en el principio de equidad¹¹⁴, la solución del litigio siempre se dicta desde lo alto y se impone a las partes. En el procedimiento de mediación, sin embargo, son las mismas partes las que, respetando los vínculos derivados de las normas, identifican la solución que mejor se adapta a sus intereses. Más en concreto, en el caso del arbitraje no se produce una definición del acuerdo realizada por las mismas partes, sino una aceptación por ellas de una solución (dictada por otros) que define el litigio. La solución dictada por el árbitro vincula a las partes en nombre de la autoridad que las mismas partes le han atribuido, pero «no convence» a las partes. Por el contrario, la solución alcanzada por las partes en el procedimiento de mediación es el resultado de sus valoraciones, y su fuerza de vincular nace del hecho de la coincidencia entre el equilibrio de intereses alcanzado y las valoraciones maduras en la búsqueda de solución al litigio. Y, además, a diferencia del arbitraje, que aun teniendo reglas procedimentales más ágiles que las de los tribunales sigue constituyéndose como un proceso complicado y laborioso, la mediación resulta informal, dúctil, ágil y de corta duración¹¹⁵. Y esto resulta fundamental para construir una nueva relación ciudadano/Justicia que no prescinda de la fácil accesibilidad a los medios de resolución de los litigios y del breve desarrollo del remedio de resolución.

Son también relevantes las diferencias entre la transacción y el procedimiento de mediación. En primer lugar, en el caso de la transacción la renuncia recíproca a pretensiones jurídicas es un requisito esencial de la misma legitimidad del acuerdo¹¹⁶, mientras que el acuerdo provocado por la mediación no presupone el *aliquid datum* y el *aliquid retentum*. En realidad, a través del procedimiento de media-

¹¹⁴ Para la regulación del arbitraje entre Administración pública y ciudadano en el Derecho francés, ver S. BOUSSARD, «Modes...», cit., 14. Para la experiencia alemana, ver J. BADER/M. FUNKE-KAISER/S. KUNTZE/J. VON ALBEDYLL, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Heidelberg, 2007, 189 ss.

¹¹⁵ Cfr., para la experiencia francesa, S. BOUSSARD, «Modes...», cit., 14. El autor subraya que aun cuando los árbitros pueden no seguir las normas que se aplican en los tribunales, el procedimiento sigue resultando complicado y laborioso.

¹¹⁶ Sobre la noción de transacción en el Derecho administrativo alemán, ver *supra*, epígrafe 2. Sobre la noción de transacción en el Derecho civil italiano, ver el artículo 1965 del Código Civil. Conforme a este artículo: «La transacción es el contrato con el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, ponen fin a un litigio ya comenzado o prevén un litigio que puede surgir entre ellas». Sobre la noción de transacción en el *Code Civil* francés, ver el artículo 2044. Según este artículo: «*La transaction est un contrat par le quel les parties terminent une contestation née, ou préviennent une contestation à naître*».

ción las partes buscan con la ayuda de un tercero (mediador) la individualización de una solución consensuada del litigio con respeto a las prescripciones normativas que regulan el supuesto de hecho. Y, además, en el caso de la transacción, la negociación entre las partes dirigida a la solución del litigio prescinde de cualquier garantía y expone, en consecuencia, la parte más débil a la ley del más fuerte. No garantiza a las partes un conocimiento efectivo de los hechos; no garantiza el desarrollo de la negociación con respeto a las reglas del «*fairness*». De ello se deriva que un eventual cambio en el equilibrio de fuerzas entre las partes puede dejar en suspenso un acuerdo alcanzado sin el respeto de las debidas garantías durante la negociación. En el caso del procedimiento de mediación, sin embargo, la negociación entre las partes se produce en presencia y bajo la «regia» imparcialidad de un tercero (el mediador), el cual, más allá de propiciar la consecución del acuerdo, garantiza durante la negociación el respeto de la objetividad y del *fairness* en todo el procedimiento, es el garante del respeto de un nivel mínimo de garantías procedimentales. Este respeto mínimo de garantías permite a las partes estar en condiciones de prestar al acuerdo un consenso consciente, informado, espontáneo y no viciado por presiones directas o solapadas a través de otros medios. Más en concreto, el respeto de un nivel mínimo de garantías permite a cada una de las partes, a diferencia de lo que ocurre en la transacción, un conocimiento cuidadoso y adecuado de los términos del litigio. Permite superar la asimetría informativa que a menudo subsiste entre las partes, y valorar en términos objetivos la posición propia y ajena. Permite a las partes dialogar constructivamente por una solución justa y transparente del litigio. Permite una negociación en términos paritarios, pues ninguna negociación paritaria eficaz puede ponerse en marcha sin la disposición de las informaciones necesarias. En síntesis, el respeto de este nivel mínimo de garantías permite reconocer en el procedimiento de mediación un medio alternativo a la resolución de los litigios creíble. Sin el respeto a esta «condición» se caería en la retórica de las virtudes salvíficas de los medios alternativos de resolución de los litigios¹¹⁷. Resultaría de plena actualidad, entonces, la advertencia hecha por el famoso filósofo y jurista inglés Jeremy BENTHAM, en la segunda mitad del siglo XVIII, conforme a la cual «el deber del legislador es el de simplificar el procedimiento, y no el de buscar medios para complicarlo»¹¹⁸.

¹¹⁷ Comentarios en este sentido en los estudios del mayor experto americano de los *ADR*, Wayne BRAZIL, citado por E. SILVESTRI, «Conciliazione...», cit., 286.

¹¹⁸ La cita es de DENTI, «I procedimenti non giudiziali di conciliazione come istituzioni alternative», en *Un progetto per la giustizia civile*, Bologna, 1982, 348.